Die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen HGB. § 344, Absatz 2.

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Grossherzoglich Badischen Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. B.

vorgelegt von

Kurt Wachsner
Referendar.

Berichterstatter: Herr Geheimer Hofrat Prof. Dr. Rosin.

Berlin 1909
Druck von M. Weinberg & Co.

Die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen

HGB. § 344, Absatz 2.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Grossherzoglich Badischen Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. B.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Kurt Wachsner
Referendar.

Berichterstatter: Herr Geheimer Hofrat Prof. Dr. Rosin.

Berlin 1909
Druck von M. Weinberg & Co.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543126_0046

Meinen lieben Eltern
in
Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung:

Die beiden Vermutungen des § 344 HGB. 9

§ 2. Geschichte der Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen 9

§ 3. Rechtliche Natur des § 344 Abs. 2 11

Gegenstand der Vermutung:

§ 4. 1. im allgemeinen 15

2. im einzelnen:

§ 5. a) Der Begriff „Schuldschein“ 16

§ 6. b) Der Kaufmann als Zeichner des Schuldscheins 19

§ 7. Inhalt der Vermutung 25

§ 8. insbesondere bei Mehrheit von Handelsgewerbebetrieben 28

§ 9. Widerlegung der Vermutung 31

§ 10. Anwendungsgebiet der Vermutung 37

§ 11. insbesondere Anwendung der Vermutung bei Veräusserung eines Handelsgeschäftes 39

■ ■ ■

Benutzte Literatur.

Adler, Passivenübergang bei Übernahme eines Handelsgeschäfs, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 3 1890.

Anschütz-v. Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 3 1874.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1 Abt. 1 1886.

Bolte, § 27 des neuen Handelsgesetzbuches in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 51.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts. Bd. 15, 34 und Neue Folge Bd. 2.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts Bd. 2, 5. Aufl. 1897.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. Bd. 1. 3. Aufl. 1906. Bd. 2. 3. Aufl. 1905/06.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1, 1. Aufl. 1899, und 2. Aufl. 1908. Bd. 2, 1901.

Endemann. Da deutsche Handelsrecht. 4. Aufl.. 1887.

— Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1. 1881.

— Beiträge zur Kenntnis des Handelsrechts im Mittelalter, in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 5.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch 1891.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909.

— Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1905.

Gierke, Grundzüge des Handelsrechts in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie. 1904.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1901. Bd. 3. 1906.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1875.

— Der Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien, in seiner Zeitschrift. Bd. 9.

v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl.. 1883.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

— Anspruch und Klagrecht. 1900.

Keyssner, Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft. 1878.

Kowalzig, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1879.

v. Kräwel, Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. 1862.

H. O. Lehmann, Handels-, See- und Wechselrecht, in Birkmeyers Enzyklopädie. 2. Aufl. 1904.

K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1908

K. Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1902, Bd. 2 (bearbeitet von Karl Lehmann) 1901.

Litthauer-Mosse, Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1905.
Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Dritter Teil. 1858.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Bd. 1 1906, Bd. 2 1907.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Pappenheim, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten in der Kieler Festgabe für Hänel. 1907.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 4 Familienrecht. 3. Aufl. 1906.
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1894.
Arthur B. Schmidt, Familienrecht, 1. Hälfte, in Hölders Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4. 1907.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6./7. Aufl. 1900. 8. Aufl. (Bearbeitet von Könige, Stranz und Pinner). Bd. 1 1906. Bd. 2 1907.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4, 3/4 Aufl. 1908.
Thöl, Das Handelsrecht Bd. 1 6. Aufl. 1879.
Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, Bd. 2. 9. Aufl. 1906.
Wolff, § 344 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs und seine Tragweite, insbesondere bei der Veräusserung des Handelsgeschäftes, in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 47.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes:
ROHG. Bd. 2, 3, 4, 9, 14 und 20.
Stegemann, Rechtsprechung des deutschen Oberhandelsgerichts. Bd. 3.
Entscheidungen des Reichsgerichtes:
RG. Bd. 56 und 59.
JW. von 1893, 1898, 1901, 1902, 1903, 1904 und 1906.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 4 und 14.
Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 46.
Entscheidungen des Reichsgerichtes in den Annalen der Badischen Gerichte. 65. Jahrgang. 1899.
Entscheidung des vormaligen preussischen Obertribunals, in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 20.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Herausgegeben von Mugdan und Falkmann) Bd. 4 und 11.

Abkürzungen.

GmbHG. = Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
JW. = Juristische Wochenschrift.
OLGR. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes.
ZHR. = Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

■ ■ ■

§ 1.

Einleitung:

Die beiden Vermutungen des § 344 HGB.

Das Handelsgesetzbuch stellt im Abs. 1 des § 344 die Vermutung auf, dass die Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, mithin — nach der Definition des § 343 Abs. 1 — Handelsgeschäfte sind. Es legt damit demjenigen, der die Handelsgeschäftsqualität eines kaufmännischen Rechtsgeschäftes in Abrede stellt, die Behauptungs- und im Streitfalle die Beweislast auf. Eine solche Regelung erscheint indessen durch die Bedürfnisse des Handelsverkehrs begründet; sie bedeutet auch für den Gegner keine allzu grosse Härte, da er in dem Gebrauch der Beweismittel zu der Widerlegung der Vermutung nicht beschränkt ist.

Aber mit der Vermutung aus kaufmännischen Rechtsgeschäften im allgemeinen hat sich das Handelsgesetzbuch nicht begnügt, vielmehr im Abs. 2 des § 344 die Rechtsgeschäfte, über die der Kaufmann einen Schuldschein ausgestellt hat, einer besonderen Vermutung unterworfen. Dieser Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen ist, wie sich zeigen wird, im Gegensatz zu jener Vermutung des Abs. 1 neben einer Fülle von Schwierigkeiten und Streitfragen, deren Lösung nicht immer zu einem befriedigenden Ergebnis führt, auf der einen Seite eine übermässige Begünstigung dessen, dem sie zugute kommt, auf der anderen Seite eine unbillige Gefährdung des Gegners eigen.

§ 2.

Geschichte der Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen[1]).

Die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen wurzelt, wie so viele Institute des Handelsrechts, im mittelalterlichen Italien. Dem damaligen Verkehrsaufschwunge

[1]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch Bd. I § 58 II Anm. 12 und Endemann in ZHR. Bd. 5 S. 393 ff.

passte man die bestehenden Handelsurkunden, vor allem die Schuldscheine und Quittungen der Kaufleute (apochae) insofern an, als man ihnen eine erhöhte Beweisfähigkeit und eine erhöhte Sicherstellung gegen Einreden beilegte, ihre verpflichtende Kraft verstärkte und für sie ein schnelleres und weniger verwickeltes Prozessverfahren schuf. Da auf diese Weise die Handelsurkunden eine grössere Verkehrsfähigkeit im Vergleich zu andern Urkunden erlangten und daher meist vor letzteren bevorzugt wurden, so drängten Theorie und Praxis dazu, auch die bisher inkommerziellen Urkunden nach Möglichkeit dem Bereiche des Handelsverkehrs einzureihen. Man erzielte dies dadurch, dass man als Handelsurkunden grundsätzlich alle Urkunden eines Kaufmanns auffasste und nur die Urkunden ausnahm, aus denen positiv die Inkommerzialität hervorging. Sachlich war damit bereits im wesentlichen der Standpunkt des heutigen Rechtes erreicht.

Die rechtliche Behandlung, die die kaufmännischen Urkunden in Italien erfuhren, ging von dort später nach Frankreich über und erhielt sich hier gewohnheitsrechtlich, bis sie schliesslich die erste gesetzliche Regelung, und zwar jetzt auch in Form einer Vermutung, in dem code de commerce von 1807 Art. 638 Abs. 2 fand. Nach ihm sollten die von einem Kaufmann ausgestellten Urkunden (billets) als Handelsurkunden gelten, „lorsqu'e une autre cause n'y sera point énoncée". Freilich hielten sich Literatur und Praxis an diese Bestimmung trotz ihrer Klarheit nicht in allen Fällen, vielmehr gestattete man ausser bei eigentlichen Handelsurkunden, z.B. Wechseln, wenn eine Angabe des Schuldgrundes fehlte, meist jeden Gegenbeweis, ein Zeichen dafür, dass schon damals die Vermutung nicht immer als gerecht empfunden wurde.

Der Auffassung des code de commerce sind im 19. Jahrhundert auch andere Gesetzgebungen gefolgt.

In Deutschland enthielt zuerst der 2. Entwurf eines HGB. für die preussischen Staaten von 1857 in Art. 211 Satz 3 eine Vermutung für kaufmännische Urkunden, die ähnlich der des code de commerce, wenn auch nicht von der gleichen Klarheit war. Von hier ist dann die Vermutung unter Beschränkung ihres Gegenstandes auf kaufmännische Schuldscheine, also unter Ausscheidung anderer kaufmännischer Urkunden, in das A. D. HGB. Art. 274 Abs. 2 übernommen worden. Man begründete die Auf-

nahme einer besonderen Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen in das A. D. HGB. gegenüber der im Abs. 1 des Art. 274 statuierten Vermutung aus kaufmännischen Verträgen (heut Rechtsgeschäften) im allgemeinen mit der Notwendigkeit, die Zirkulation jener Schuldscheine zu sichern, die nicht nur Beweismittel über Verträge der Kaufleute, sondern auch selber Gegenstände des Handelsverkehrs wären und deren Kredit sonst untergraben würde. Doch schon damals fehlte es nicht an Stimmen, die gegen eine derartige Vermutung begründete Bedenken erhoben und in ihr eine Unbilligkeit, ja sogar eine Gefahr erblickten[1]).

Mit dem Erlasse des BGB. wurden die wenigen noch bestehenden verkehrsfeindlichen Bestimmungen, insbesondere des römischen Rechtes, endgültig beseitigt, und damit erübrigte sich ein besonderer Schutz und eine besondere Zirkulationssicherung der kaufmännischen Schuldscheine. Nichtsdestoweniger wurde die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen auch in dem neuen HGB. in § 344 Abs. 2 beibehalten, dem Wortlaut nach mit zwei kleinen Abweichungen von der des A. D. HGB.[1]), inhaltlich jedoch unverändert.

§ 3.

Rechtliche Natur des § 344 Abs. 2.

Während der Abs. 1 des § 344, wie die Worte „im Zweifel" besagen, unstreitig eine Vermutung, und zwar eine sog. Rechtsvermutung, enthält, ist die rechtliche Natur des Abs. 2 nicht ohne weiteres klar. Schon der Ausdruck „g e l t e n", dessen sich das Gesetz im Abs. 2, und zwar — anders als im Abs. 1 — ohne einen Zusatz, bedient, lässt für den Charakter des § 344 Abs. 2 zwei Auffassungen zu, die einer F i k t i o n und die einer V e r m u t u n g. Und in

---

[1]) Vgl. Lutz, Protokolle zum A. D. HGB. 3. Teil S. 1297 ff.

[2]) Statt „im Betriebe d e s Handelsgewerbes" wurde „im Betriebe s e i n e s Handelsgewerbes", und statt „sofern sich nicht a u s d e n s e l b e n" „sofern nicht a u s d e r U r k u n d e sich" gesetzt.

der Tat wird vereinzelt in der Literatur[1]) § 344 Abs. 2 auch als Fiktion bezeichnet, freilich vielleicht nur ungenau. Jedoch scheidet die Annahme einer Fiktion hier aus. Denn eine Fiktion erfordert immer, dass die rechtliche Behandlung eines Gegenstandes mit der Wirklichkeit widerstreitet. Die kaufmännischen Schuldscheine aber werden, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt, auch tatsächlich in sehr vielen, wenngleich nicht in allen Fällen, im Betriebe des Handelsgewerbes des Kaufmanns gezeichnet sein, folglich nicht notwendig eine den Tatsachen widersprechende rechtliche Beurteilung erfahren.

Wenn demnach § 344 Abs. 2 auch sicherlich eine Vermutung und keine Fiktion enthält, so ist damit seine rechtliche Natur noch nicht genau genug festgestellt. Denn unter den Vermutungen scheidet man die widerlegbaren, die sog. praesumtiones iuris, und die unwiderlegbaren, sog. praesumtiones iuris et de iure, und es bedarf erst einer Prüfung, zu welcher der beiden Guppen die Vermutung des § 344 Abs. 2 zu rechnen ist. Der Wortlaut des Gesetzes vermag die Frage nach dem Charakter der Vermutung nicht zu beantworten. Die Worte „sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt" können an sich sowohl eine Einschränkung von „die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine" wie auch eine solche des ganzen vorangehenden Satzes bedeuten. Bezöge man sie nur auf die Schuldscheine, dann bildeten den Gegenstand der Vermutung nur die kaufmännischen Schuldscheine, die eine Aussergeschäftlichkeit nicht erkennen liessen; nur auf sie fände die Vermutung Anwendung. Dafür wären aber diese Schuldscheine schlechthin als im Handelsgewerbe des Kaufmanns gezeichnet zu erachten, die Vermutung aus ihnen wäre also eine praesumtio iuris et de iure. Schränkte man dagegen durch die Worte „sofern nicht . . . . ergibt" den ganzen Vordersatz ein, so wären zwar alle kaufmännischen Schuldscheine als Gegenstand der Vermutung anzusehen; ihnen wäre aber dann die Handelsgewerbezugehörigkeit nur solange zuzusprechen, als sich aus der Ur-

[1]) So z. B. von Staub zu § 344 Abs. 2 Anm. 13 und zu § 350 Anm. 9. (Wenn nichts bemerkt ist, ist immer die 8. Aufl. zitiert); früher auch von Dernburg, Lehrb. des Preuss. Privatrechts Bd. 2 S. 20 § 9. 2, und ferner vom Handelsappellationsgericht Nürnberg, in Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts Bd. 15 S. 161.

kunde das Gegenteil nicht ergibt. Die Vermutung würde mithin durch den Beweis der Inkommerzialität zerstört, sie wäre daher eine praesumtio iuris.

Wegen der zweideutigen Ausdrucksweise des Gesetzes ist der Charakter der Vermutung auch in der Literatur sehr bestritten. Als praesumtio iuris et de iure fassen die Vermutung auf das Handelsappellationsgericht Nürnberg[1]), ferner Behrend[2]), Anschütz von Völderndorff[3]), Puchelt-Förtsch[4]), Adler[5]), Wolff, wenigstens früher[6]), H. O. Lehmann[7]), Staub[8]) und endlich Makower, der sie aber praktisch als praesumtio iuris behandelt[9]). Eine praesumtio iuris hingegen erblicken in der Vermutung Goldschmidt[10]), Gareis-Fuchsberger[11]), Gareis[12]) Gierke[13]), Cosack[14]), Bolte[15]), Düringer-Hachenburg[16]), Lehmann-Ring[17]), K. Lehmann[18]) und Goldmann [19]).

Praktisch unterscheiden sich beide Auffassungen von dem Charakter der Vermutung dadurch, dass bei einer praesumtio iuris et de iure das Sichnichtergeben der Aussergeschäftlichkeit der behaupten und im Streitfalle beweisen muss, der daraus Rechte herleiten will, während dies bei einer praesumtio iuris nicht erforderlich ist. Die Abweichung macht sich also auf prozessrechtlichem Gebiete bemerkbar; so kann sie, was die Behauptungslast an-

---

1) Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts. Neue Folge. Bd. II S. 350.
2) Lehrbuch Band I Abt. 1 S. 140 Note 17.
3) Zu Art. 274 Abs. 2 II Anm. 5.
4) Zu Art. 274 Abs. 2 S. 734 Anm. 10.
5) Archiv f. bürg. Recht Bd. 3 S. 21.
6) ZHR. Bd. 47 S. 252; jetzt fasst Wolff in seinen Vorlesungen über Handelsrecht sie als beschränkt widerlegbare praesumtio iuris auf.
7) In Birkmeyers Enzyklopädie S. 671 § 27.
8) Zu § 344 Abs. 2 Anm. 12.
9) Zu § 344 Abs. 2 III c.
10) a. a.O. S. 672 § 58.
11) Zu Art. 274 Abs. 2 Note 33.
12) Kommentar zu § 344 Anm. 7.
13) In Kohlers Enzyklopädie S. 977 § 71.
14) Lehrbuch des Handelsrechts S. 31 § 9.
15) ZHR. Bd. 51 S. 441.
16) Zu § 344 Abs. 2 Note IV.
17) Zu § 344 Nr. 1.
18) Lehrbuch S. 96 § 21 3 b).
19) Zu § 344 Abs. 2 Ziff. 11.

langt, von Erheblichkeit werden vor allem im Versäumnisverfahren gegen den Beklagten bei Prüfung, ob das klägerische Vorbringen den Klageantrag rechtfertigt (§ 331 ZPO.), aber auch anderwärts, wie für die Bewilligung des Armenrechts bei der Feststellung, ob das in dem Armenrechtsgesuch dargelegte Streitverhältnis die Rechtsverfolgung nicht aussichtslos erscheinen lässt (§ 114 in Verbindung mit § 118 Abs. 3 ZPO.), und, was die Beweislast betrifft, in dem Falle, wo die Urkunde nicht vorgelegt werden kann und ihr Inhalt streitig ist[1]). Freilich wird dieser Unterschied nur selten von entscheidender Bedeutung werden, da es meist feststehen wird, ob sich das Gegenteil aus der Urkunde ergibt oder nicht.

Der Annahme einer praesumtio iuris muss man sich m. E. anschliessen. Gegen eine praesumtio iuris et de iure ist anzuführen, dass in § 344 Abs. 2 eine Beziehung des Satzes „sofern nicht . . . . ergibt" auf die Schuldscheine räumlich nicht angedeutet ist, was sonst wohl geschehen wäre. Umgekehrt spricht für eine praesumtio iuris die Fassung sofern nicht . .", da diese Form der Einschränkung im Gesetze sehr häufig, besonders im BGB.[2]), gewählt ist, wenn eine Rechtsvermutung zum Ausdruck gebracht werden soll. Auch legt m. E. das Verhältnis des Abs. 2 zu Abs. 1 des § 344, der, wie erwähnt, zweifellos eine Rechtsvermutung enthält, die Annahme einer praesumtio iuris näher als die einer praesumtio iuris et de iure.

Wenn die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen sich nach den vorstehenden Erörterungen auch als praesumtio iuris charakterisiert, so ist sie doch von den gewöhnlichen Rechtsvermutungen verschieden, und zwar dadurch, dass gegen sie ein Gegenbeweis nur sehr beschränkt gestattet ist. Von den sonst zur Führung eines Gegenbeweises zu Gebote stehenden Beweismitteln sind alle, auch die Urkunden im allgemeinen, ausgeschlossen, und nur der Schuldschein selber ist zugelassen. Daher ist andererseits die Vermutung wesentlich stärker und gegen eine Entkräftung gesicherter als andere Vermutungen. In den Fällen, in denen zwar aus der Urkunde sich das Gegenteil nicht ergibt, wohl aber ein Gegenbeweis mit anderen

---

[1]) Vgl. Wolff a. a. O. S. 253 Anm. 16.

[2]) Vgl. als Beispiele hierfür BGB. §§ 273 Abs. 1, 345, 477 Abs. 1, 867, 1345 Abs. 1 und 1648.

Beweismitteln, insbesondere durch Zeugen oder Eid, erbracht werden könnte, kann die Vermutung nicht zerstört werden. So nähert sich die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen durch die Beschränkung des Gegenbeweises auf die Urkunde, obwohl ihre rechtliche Natur noch die einer praesumtio iuris ist, doch tatsächlich sehr einer praesumtio iuris et de iure.

§ 4.

Gegenstand der Vermutung im allgemeinen.

Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine — und zwar nach der oben vertretenen Auffassung von dem Charakter der Vermutung ohne weitere Einschränkung — sind als Gegenstand der Vermutung zu erachten.

Da sie den Gegenstand der Vermutung bilden, wird ihr Bestehen für deren Anwendbarkeit vorausgesetzt und nicht etwa selber präsumiert. Es kann also aus § 344 Abs. 2 nichts darüber hergeleitet werden, ob eine kaufmännische Urkunde ein Schuldschein oder ob der Zeichner eines Schuldscheins Kaufmann ist. Dies muss vielmehr unabhängig von § 344 Abs. 2 festgestellt werden. Fehlt es an einem Schuldschein oder an der Kaufmannseigenschaft des Schuldscheinausstellers, so kann die Vermutung nicht Platz greifen.

Schuldscheine bezeichnet das HGB. in § 344 Abs. 2 als Gegenstand der Vermutung, ohne ausdrücklich von der in den Schuldscheinen verbrieften Schuld zu sprechen. Aber da ein Schuldschein gerade und nur dadurch, dass er eine Schuld verbrieft, seinen Wert erhält und mithin eine Vermutung, die sich nur auf die Urkunde selber, nicht aber zugleich auf die verbriefte Schuld erstreckte, sinnlos wäre, so muss man annehmen, dass § 344 Abs. 2 mittelbar die Zugehörigkeit der verbrieften Schuld zu dem Handelsgewerbe des Kaufmanns statuiert und sie damit ebenfalls zum Gegenstande der Vermutung gemacht hat[1]). Das ist insbesondere von Bedeutung bei der zu erörternden Anwendbarkeit der Vermutung gegenüber dem für die Geschäftsschulden des Veräusserers haftenden Erwerber eines Handelsgeschäftes. Da der Erwerber für Schulden des

[1]) Vgl. Goldschmidt in ZHR. Bd. 9 S. 23 § 13 und Wolff a. a. O. S. 248.

Veräusserers haftet, so kann die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen ihm gegenüber nur Platz greifen, wenn auch sie sich auf die Schuld selber, nicht nur auf den Schuldschein bezieht.

Was man unter dem Begriff „Schuldschein" im Sinne des § 344 Abs. 2 HGB. und was man unter dem Erfordernis, dass der Schuldschein von einem Kaufmann gezeichnet ist, zu begreifen hat, ist im einzelnen darzustellen.

§ 5.

Der Begriff „Schuldschein".

„Schuldschein" bedeutet, wie das Wort selber besagt, eine Urkunde, die über eine Schuld ausgestellt ist.

Urkunde und verbriefte Schuld sind mithin die wesentlichen Merkmale eines Schuldscheins. Da eine Urkunde nötig ist, so genügen andere Aufzeichnungen eines Kaufmanns über eine Schuld, wie etwa private Notizen in seinen Handelsbüchern, nicht. Da eine Schuld bestehen muss, so scheiden ohne weiteres die kaufmännischen Urkunden aus, die lediglich einen anderen Inhalt haben, so vor allem die echten Quittungen im Sinne der §§ 368 bis. 370 HGB

Urkunde und Schuld sind aber auch die alleinigen Erfordernisse eines Schuldscheins im Sinne des § 344 Abs. 2 HGB., da sich das Gesetz bei dem Ausdruck „Schuldschein" jeglicher Zusätze enthalten hat. Daher sind Urkunde und Schuld grundsätzlich Einschränkungen nicht unterworfen. Es kommt demnach, was die Urkunde anlangt, nicht auf deren Wortlaut an. Meist wird die Urkunde freilich ausschliesslich die Schuld und Schuldbedingungen behandeln. Die Schuldscheinqualität wird aber auch dann nicht aufgehoben, wenn die Urkunde daneben noch andere Erklärungen enthält, wie ein Empfangsbekenntnis beim Darlehnsschuldschein, insbesondere wenn sie gleichzeitig über ein der Verbindlichkeit gegenüber stehendes Recht (z. B. Forderungs- oder Pfandrecht) lautet, also einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag zum Ausdruck bringt[1]), oder wenn

[1]) So mit Recht die herrschende Ansicht. Vgl. ROHG. Bd. 14 S. 211., Wolff a. a. O. S. 248, Lehmann-Ring zu § 344 Abs. 2 Nr. 7 und Makower zu § 344 Abs. 2 III b; anderer Auffassung Cosack S. 31 § 9 III 2.

sie Dinge, die mit der Schuld nicht in unmittelbarem oder in gar keinem Zusammenhange stehen, anführt[1]).

Ebenso ist die Form, in der die Urkunde ausgestellt ist, für die Anwendbarkeit der Vermutung belanglos. Die Urkunde kann eine Privaturkunde wie eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO. sein. Ob die Vorschriften der §§ 126 und 127 BGB. über die Schriftform gewahrt sein müssen, ist in § 6 bei dem Begriff des „Gezeichnetseins" genauer darzulegen.

Auch dem Charakter und der Art der Urkunde kann für den Schuldscheinbegriff eine Bedeutung nicht beigemessen werden. Es ist mithin unerheblich, ob die Urkunde dem Bereich der Wertpapiere angehört, wie z. B. der Wechsel, oder nicht, wie z. B. ein Darlehnsschuldschein, und weiterhin, wenn sie Wertpapier ist, ob sie sich dann als Inhaber-, Namen- oder Orderpapier darstellt. Ebenso muss es gleichgültig erscheinen, ob die Urkunde eine konstitutive (dispositive) oder eine blosse Beweisurkunde ist. Das letztere ist freilich in der Literatur sehr streitig. von Hahn[2]), Endemann[3]), Dernburg[4]), scheinbar auch Kowalzig[5]), scheiden die blossen Beweisurkunden aus dem Begriffe „Schuldschein" im Sinne des § 344 Abs. 2 aus mit der Begründung, dass § 344 Abs. 2 die Zirkulation der Schuldscheine zu ermöglichen und zu sichern bezwecke, dass es aber einer reinen Beweisurkunde überhaupt an der Verkehrsfähigkeit und Verkehrsbestimmung fehle. Demgegenüber betonen Goldschmidt[6]), Behrend[7]), Gareis-Fuchsberger[8]), Keyssner[9]), Puchelt-Förtsch[10]), Wolff[11]), Staub[12]), Makower[13]), Düringer-Hachenberg[14])

---

[1]) Das letztere kann z. B. bei einem Briefe der Fall sein.
[2]) Zu Art. 274 Abs. 2 § 5.
[3]) Deutsches Handelsrecht § 118 S. 432 Anm. 8.
[4]) Bürgerliches Recht Band I S. 329 § 97 IV.
[5]) Zu Art. 274 Abs. 2 18 b).
[6]) a. a. O. S. 675 § 58.
[7]) a. a. O. S. 139 § 29.
[8]) Zu Art. 274 Abs. 2 Note 35.
[9]) Zu Art. 274 Abs. 2 Anm. 6.
[10]) Zu Art. 274 Abs. 2 Anm. 12.
[11]) a. a. O.
[12]) Zu § 344 Abs. 2 Anm. 9.
[13]) Zu § 344 Abs. 2 III b).
[14]) Zu § 344 Abs. 2 S. 201 Note III.

Ring[1]), K. Lehmann[2]), Goldmann[3]) und das Reichsgericht[4]), dass auch die blosse Beweisurkunde unter den Begriff „Schuldschein" falle. Diese Ansicht verdient m. E. den Vorzug. Man muss zwar zugeben, dass die Veranlassung, im HGB. ein verstärkte Vermutung für Schuldscheine zu statuieren, nur die wirklich für den Verkehr bestimmten Urkunden und nicht die blossen Beweisurkunden gebildet haben. Aber m. E. bedeutete eine Ausscheidung der blossen Beweisurkunden gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes eine unzulässig restriktive Interpretation des Begriffes „Schuldschein" und wäre lediglich von Zweckmässigkeitsgedanken, die im Gesetze nicht zum Ausdruck gelangt sind, bestimmt

Endlich kann es auch dahingestellt bleiben, ob die Urkunde einen Schuldgrund angibt oder nicht. Dabei ist zu beachten, dass sich die Urkunden, die keinen Schuldgrund nennen, nicht notwendig mit den erörterten konstitutiven Urkunden und umgekehrt die, die einen Schuldgrund enthalten, mit den Beweisurkunden decken. Es ist vielmehr einerseits — ausser bei dem notwendig abstrakten Wechsel — denkbar, dass eine Urkunde trotz Fehlens eines Schuldgrundes doch blosse Beweisurkunde ist, z. B. wenn der Schuldgrund nur versehentlich nicht genannt ist, während sich andererseits aus den Umständen, insbesondere dem Parteiwillen, ergeben kann, dass eine Urkunde trotz Erwähnens des Schuldgrundes eine konstitutive ist.

Für die Schuld sind, wie bereits hervorgehoben, auch besondere Erfordernisse nicht aufzustellen. Ihr Gegenstand braucht nicht in der Leistung von Geld oder andern vertretbaren Sachen zu bestehen; auch nicht vertretbare, ja sogar unbewegliche Sachen können die verbriefte Schuld ausmachen. Die Verpflichtung braucht ihrem Umfang nach nicht genau bestimmt zu sein, was freilich das Reichsoberhandelsgericht[5]) und ihm folgend Goldmann[6]) als dem Wortsinne des Schuldscheins und der ratio legis

---

[1]) Zu § 344 Abs. 2 Nr. 7.
[2]) a. a. O.
[3]) Zu § 344 Abs. 2 Ziff. 9.
[4]) In der JW. von 1901 S. 576 Nr. 14.
[5]) ROHG. Bd. 20 S. 402.
[6]) Zu § 344 Abs. 2 Ziffer 9.

nicht entsprechend bestreiten, was aber Behrend[1]), Wolff[2]) und Staub[3]) mit vollem Recht bejahen. Ebensowenig verlangt das Gesetz eine Fälligkeit der verbrieften Schuld. Die Verbindlichkeit darf bedingt oder befristet, sie darf andererseits bereits verjährt sein. Auch ist nicht nötig, dass sie klagbar ist; die über eine sogenannte Naturalobligation, z. B. Spielschuld, ausgestellte Urkunde muss, selbst wenn man, wie Hellwig[4]) und andere die Auffassung vertritt, dass das BGB. mit Ausnahme des § 1394 die Naturalobligation nicht als eine Verbindlichkeit anerkenne, als Schuldschein gelten[5]). Die Schuld kann endlich mit andern Schulden in Verbindung stehen und dann ebensogut die Hauptschuld wie eine blosse Ergänzungsschuld bilden.

Entsprechend der weiten Fassung, die nach alledem dem Begriffe „Schuldschein" zukommt, lassen sich zahllose Beispiele für einen Schuldschein im Sinne des § 344 Abs. 2 innerhalb wie ausserhalb des Gebietes des Handelsrechtes anführen. An erster Stelle ist der Wechsel mit allen auf ihm befindlichen verpflichtenden Erklärungen (Ausstellungsvermerk, Akzept, Indossament und Aval) zu nennen. Im Handelsgesetzbuch sind von Schuldscheinen vor allem der kaufmännische Verpflichtungsschein (§ 363), der Frachtbrief (§ 426) und die drei sogenannten Traditionspapiere, der Lagerschein (§ 424), der Ladeschein (§§ 444 ff.) und das Konnossement (§§ 642 ff.), behandelt. Dem bürgerlichen Recht gehören neben dem nicht besonders erwähnten Darlehnsschuldschein der Bürgschaftsschein (§ 766 BGB.)[6]) sowie die Urkunden der §§ 780 und 781 BGB. (Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis) an.

§ 6.

Der Kaufmann als Zeichner des Schuldscheins.

Die Schuldscheine des § 344 Abs. 2 müssen gezeichnet und ihr Zeichner ein Kaufmann sein.

---

[1]) a. a. O. Anm. 15.
[2]) a. a. O. Anm. 6.
[3]) Zu § 344 Abs. 2 Anm. 10.
[4]) Anspruch und Klagrecht S. 13 Anm. 22 und S. 404 ff.; dagegen mit Recht die herrschende Lehre vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Vorbemerkungen Nr. 5, Windscheid-Kipp, Pandekten-Recht, Bd. II § 289 S. 191 ff. und Dernburg Bürg. Recht Bd. II § 3 S. 10.
[5]) So RG. in JW. von 1904 S. 100 Nr. 29.
[6]) Vgl. RG. in JW. von 1906 S. 87 Nr. 7.

Über den Begriff des Gezeichnetseins herrschen ebenfalls in der Literatur verschiedene Auffassungen. Goldmann[1]) verlangt, dass der Schuldschein den gesetzlichen Vorschriften der §§ 126 und 127 BGB. über die Schriftform genüge, dass er also von dem Aussteller u n t e r zeichnet d. h. dass dessen Name unter den Text der Urkunde (nicht notwendig auch unter die Angabe von Ort und Zeit der Ausstellung) gesetzt und dass diese Unterzeichnung eigenhändig durch Namensunterschrift (oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens) erfolgt ist. Andere, so Behrend[2]), Wolff[3]), Staub[4]) und Düringer-Hachenburg[5]) sehen von dem Erfordernis einer handschriftlichen Unterzeichnung ab und erachten auch eine im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellte Unterfertigung des Schuldscheins für ausreichend. Makower[6]) endlich hält eine U n t e r fertigung des Schuldscheins überhaupt nicht für notwendig; nach seiner Ansicht hat das Wort „gezeichnet" in § 344 Abs. 2 keine selbständige Bedeutung, ist nur aus sprachlichen Gründen an die Stelle eines Hilfszeitwortes der Vergangenheit getreten. Diese Meinung ist m. E. durchaus zutreffend. Es fehlt an jedem Anhalt dafür, dass das HGB., das doch mehrfach (so bei der Bürgschaft, dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des § 350) von Formvorschriften des bürgerlichen Rechts absieht, in § 344 Abs. 2 das Wort „gezeichnet" aus formellen Gründen, um eine U n t e r fertigung oder gar handschriftliche Unterzeichnung des Schuldscheins zu statuieren, gebraucht hätte. Näher liegt m. E. die Annahme, dass das HGB. sich der Ausdrucksweise „die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine" nur deshalb bedient, um jedem Zweifel über den Zeitpunkt, in dem die Kaufmannseigenschaft bestehen muss[7]), vorzubeugen. Das Wort „gezeichnet" bedeutet daher, soweit es sich um die Form der Schuldscheinausstellung handelt, nichts anderes als etwa das farblose Wort „herrührend".

---

[1]) Zu § 344 Abs. 2 Ziff. 10.
[2]) a. a. O. Anm. 16.
[3]) a. a. O. S. 249.
[4]) Zu § 344 Abs. 2 Anm. 8.
[5]) Zu § 344 Abs. 2 Note III.
[6]) Zu § 344 Abs. 2 III a 2.
[7]) Vgl. darüber weiter unten in diesem Paragraphen.

Demnach findet die Vermutung des § 344 Abs. 2 neben den Fällen, in denen der Schuldschein der gesetzlichen Schriftform entspricht oder mit einer im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellten Namensunterschrift vesehen ist, wie dies z. B. § 793 Abs. 2 BGB. und die §§ 181 und 426 Abs. 2 Ziff. 9 HGB. ausnahmsweise zulassen, auch dann Anwendung, wenn er den Namen des Zeichners an anderer Stelle als am Ende des Textes, z. B. am Anfang[1]), enthält. Freilich ist zu beachten, dass tatsächlich meist eine U n t e r fertigung, und zwar eine handschriftliche Unterzeichnung des Schuldscheins, erfolgen wird und erfolgen muss, dies deshalb, weil, wie z. B. beim abstrakten Schuldversprechen eines Minderkaufmanns, zur Entstehung der in der Urkunde verbrieften Schuld die Schriftfom verlangt wird. Aber eine derartige Unterzeichnung wird — und das ist das Entscheidende — nicht durch das in § 344 Abs. 2 statuierte Erfordernis des Gezeichnetseins des Schuldscheins bedingt, sondern hat seine Ursache in dem in den einschlägigen Gesetzesbestimmungen normierten Erfordernis der handschriftlichen Unterzeichnung. Fehlt hier eine Unterzeichnung, so mangelt es zur Anwendung der Vermutung nicht an dem Gezeichnetsein des Schuldscheins, sondern an einer Schuld und damit an einem Schuldschein selber.

Der Zeichner (oder Aussteller) des Schuldscheins muss ein K a u f m a n n sein. Kaufmann ist nach der Legaldifinition des § 1 Abs. 1 HGB., wer ein Handelsgewerbe betreibt. Kaufmann ist demnach ohne weiteres, wer eines der Gewerbe des § 1 Abs. 2 HGB. betreibt, während der, der ein Gewerbe des § 2 oder das land- und forstwirtschaftliche Nebengewerbe des § 3 Abs. 2 betreibt, Kaufmann erst mit der Eintragung der Firma in das Handelsregister wird. Dass der Zeichner des Schuldscheins Vollkaufmann ist, ist nicht erforderlich; auch Minderkaufmannsqualität genügt, da nach § 4 auch der Minderkaufmann Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches ist[2]); ja der Aussteller braucht unter Umständen überhaupt nicht Kaufmann zu sein, dann nämlich, wenn seine Firma in das Handelsregister eingetragen

---

[1]) Beispiel: Ich, der Kaufmann Friedrich Huber, bekenne, Herrn Gustav Eilig 1 000 M. zu schulden.

[2]) Dies betont mit Recht das Reichsgericht in der Entscheidung vom 12. Dezember 1893 in ZHR. Bd. 46 S. 467 Nr. 17.

ist, obgleich das unter ihr betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe ist, denn er gilt in diesem Falle nach § 5 doch als Kaufmann, sogar als Vollkaufmann, und zwar gegenüber jedermann.

Wann ist aber ein Kaufmann als Zeichner des Schuldscheins zu erachten? Nach den blossen Worten „von einem Kaufmann gezeichnet" könnte man geneigt sein, als Zeichner den Kaufmann dann anzusehen, wenn der Akt der Ausstellung von ihm vorgenommen wäre. Diese Auffassung erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung des Gesetzes als unzutreffend. Nach § 344 Abs. 2 gelten die Schuldscheine eines Kaufmanns gezeichnet als im Betriebe „seines" Handelsgewerbes, d. h. des Handelsgewerbes des Zeichners. Es würde sich daher, wollte man die Zeichnereigenschaft auf die Vornahme des Zeichnungsaktes abstellen, als Inhalt der Vermutung ergeben, dass der zeichnende Kaufmann in seinem und nicht in einem fremden Handelsgewerbebetriebe den Schuldschein ausstelle, also mit der Zeichnung auch im eigenen Namen handelte Dieses Resultat widerspräche aber völlig der geschichtlichen Entwickelung und dem Sinn des § 344 Abs. 2 und wäre schon deshalb unhaltbar, weil § 344 Abs. 2 damit eine Frage, die dem Vertretungsrecht des Allgemeinen Teils des BGB. angehört, entschiede. Es bleibt demnach, um solchen Eingriff in das Vertretungsrecht zu vermeiden, nur übrig, die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine dahin einzuschränken, dass man unter ihnen nur die im Namen des Kaufmanns gezeichneten begreift. Als Zeichner des Schuldscheins ist demnach der Kaufmann anzusehen, wenn in seinem Namen der Schuldschein gezeichnet ist. Der Akt der Zeichnung des Schuldscheins braucht mithin nicht durch den Kaufmann selber zu geschehen; er darf stets — auch, dann, wenn die Gültigkeit des Schuldscheins von der Beobachtung der Schriftform der §§ 126 und 127 BGB. abhängt — durch seinen berechtigten Vertreter[1]) erfolgen. Umgekehrt genügt es nicht, wenn der Kaufmann selber den Schuldschein zeichnet; er muss ihn vielmehr auch in seinem Namen zeichnen. Ob ein Kaufmann im eigenen Namen oder der Vertreter im Namen des Kaufmanns einen Schuldschein zeichnet, wird durch den § 164 Abs. 1 Satz 2 und

---

[1]) Vgl. ROHG. Bd. 4 S. 35

Abs. 2 BGB. entschieden. Hiernach ist es belanglos, ob der Vertreter ausdrücklich im Namen des Kaufmanns handelt oder ob dies nur die Umstände ergeben. Erkennbar muss aber der Wille, im fremden Namen zu handeln, hervortreten; andernfalls kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht, also der, der den Akt der Zeichnung des Schuldscheins vornimmt, wird hier verpflichtet.

Dass der Kaufmann als Zeichner des Schuldscheins zu gelten hat, muss bei Anwendung der Vermutung feststehen; im Streitfalle sind zum Beweise alle Beweismittel zugelassen.

Da der Zeichner des Schuldscheins Kaufmann sein muss, so muss die Kaufmannseigenschaft des Ausstellers grundsätzlich im Augenblick der Zeichnung der Urkunde bestehen. Die Vermutung griffe nicht Platz, wenn jene erst nachträglich, z. B. durch spätere Eintragung eines unter § 2 HGB. Fallenden in das Handelsregister, erlangt würde und erst bei Geltendmachung des verbrieften Rechts vorhanden wäre[1]) oder wenn sie andererseits zur Zeit der Begründung der verbrieften Schuld bestände, bei der Zeichnung des Schuldscheins aber bereits, z. B. durch dauernde Einstellung des Betriebes, wieder erloschen wäre. Umgekehrt ist aber das Erfordernis der Kaufmannseigenschaft auf den Moment der Zeichnung der Urkunde beschränkt und besteht daher unabhängig von den materiellen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten. Der Zeichner braucht daher insbesondere weder zur Zeit der Entstehung der dem Schuldschein zugrunde liegenden Verbindlichkeit noch zur Zeit der Entstehung der verbrieften Schuld[1]) noch auch bei Geltendmachung des verbrieften Rechtes Kaufmann zu sein.

Gezeichnet ist der Schuldschein in dem Augenblicke, in dem er mit den wesentlichen Bestandteilen versehen, d. h. das wertlose Papierstück zu einer Urkunde, die über eine Schuld lautet, geworden ist. Meist wird die Zeichnung vor oder bei der Begebung des Schuldscheins erfolgen. Nur

---

[1]) So auch Wolff a. a. O. S. 249 Anm. 11.

[2]) Deshalb ist der Unterschied zwischen der sog. Kreations-, der sog. Emissions- und der sog. Eigentumserwerbstheorie hier unerheblich abweichend scheinbar Lehmann-Ring zu § 344 Abs. 2 Nr. 8.

bei Blankourkunden[1]) wird die Begebung der Zeichnung des Schuldscheins voraufgehen. Denn bei ihnen fehlt es, solange sie sich in der Hand des Ausstellers befinden, mangels der Erwähnung eines Gläubigers oder eines Schuldners an der Angabe einer Schuld. Daran wird auch durch den Begebungsakt nichts geändert; die Begebung hat vielmehr regelmässig nur die Bedeutung, dass der Geber den Nehmer der Urkunde zur Einfügung der fehlenden Bestandteile ermächtigt. Erst mit deren Einfügung selber erhält die Urkunde die erforderliche Schuldangabe, und ist daher der Schuldschein gezeichnet. Folglich bedarf es des Vorliegens der Kaufmannseigenschaft des Zeichners auch gerade in diesem Zeitpunkte, andererseits aber nur in diesem Zeitpunkte.

Den Kaufleuten stehen nach § 6 Abs. 1 HGB. die Handelsgesellschaften gleich, d. h. die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 GmbHG.). Auf die in ihrem Namen gezeichneten Schuldscheine erstreckt sich daher ebenfalls die Vermutung des § 344 Abs. 2.

Kaufleute sind neben dem bisher behandelten Einzelkaufmann auch der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft[2]). Aber diese Kaufmannseigenschaft ist für die Anwendbarkeit der Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen unbeachtlich. Zeichnet der kaufmännische Gesellschafter einen Schuldschein für die Gesellschaft, so handelt er, da heute die offene Handels-

---

[1]) Z. B. einer Wechselurkunde, auf der der Remittent nicht genannt ist (Blankowechsel), die daher eine Verpflichtung des Ausstellers nicht erklärt.

[2]) Freilich nicht der Kommanditist, da es bei ihm an der unbeschränkten Haftung und der Zulässigkeit der Aufnahme seines Namens in die Firma (§ 19 Abs. 4 HGB.), die sich als wesentliche Merkmale des Kaufmannsbegriffes darstellen, fehlt. So die herrschende Ansicht, vgl. Staub zu § 1 Anm. 18 und Düringer-Hachenburg (2. Aufl.) zu § 1 Anm. 5 S. 104; a. A. jedoch vor allem Lehmann-Ring zu § 1 Nr. 13 HGB. und ebenso Pappenheim, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, in der Kieler Festgabe für Hänel, insbes. S. 165 und 171 (S. 23 und 29), der aber in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung für die Vermutung des § 344 Abs. 2 der Kaufmannsqualität des Kommanditisten jede Bedeutung abspricht.

gesellschaft und die Kommanditgesellschaft unstreitig nicht mehr als juristische Personen, auch nicht als relativ juristische Personen[1]), aufzufassen sind, sondern als Gemeinschaften zur gesamten Hand[2]) erscheinen, als Vertreter, und zwar der Gesellschaft[3]) oder, was dasselbe ist, aller Gesellschafter, nicht nur der übrigen, also ausschliesslich im fremden Namen, und die Gesellschaft ist demgemäss bei Erfüllung der Vorschriften des § 164 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB.[4]) als Zeichnerin des Schuldscheins zu erachten und auf sie die Vermutung anzuwenden. Zeichnet hingegen der kaufmännische Gesellschafter einen Schuldschein im eigenen Namen oder gilt der Schuldschein nach § 164 Abs. 2 BGB. als von ihm im eigenen Namen gezeichnet, ist er seinerseits folglich als Zeichner der Urkunde anzusehen, so greift die Vermutung überhaupt nicht Platz, da er ein von dem Handelsgewerbe der Gesellschaft verschiedenes Handelsgewerbe — nur ein solches käme nach den Worten „s e i n e s“ Handelsgewerbes hier in Frage — nicht betreibt, es also an einem Gegenstande für die Anwendung der Vermutung fehlt.

§ 7.

Inhalt der Vermutung.

Präsumiert wird in § 344 Abs. 2, dass die Schuldscheine eines Kaufmanns im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet sind. Als Inhalt der Vermutung ist mithin — entsprechend der Vermutung des § 344 Abs. 1 — die Handelsgewerbezugehörigkeit der kaufmännischen Schuldscheine und der in ihnen verbrieften Forderungen sowie mittelbar unter Heranziehung der Definition des § 343 Abs. 1 HGB. die Handelsgeschäftseigenschaft der Rechtsgeschäfte, über die die Schuldscheine ausgestellt sind, anzusehen. Die Vermutung des § 344 Abs. 2 scheidet den Bereich ausserhalb des Handelsgewerbes eines Kaufmanns von seiner Handelsgewerbesphäre und reiht der letz-

---

[1]) Dies nimmt Gareis, Kommentar zu § 124 Abs. 1 Anm. 1 und 2a an.

[2]) Dies ergibt sich aus den §§ 105 Abs. 2 und 161 Abs. 2 HGB. in Verbindung mit den §§ 705 ff. BGB.

[3]) So ausdrücklich HGB. § 125 Abs. 1.

[4]) Vgl. RG. in JW. von 1893 S. 203 Nr. 29.

teren Schuldschein und verbriefte Schuld ein; sie bewirkt dadurch, dass die kaufmännischen Schuldscheine hinsichtlich der Kommerzialität öffentlichen Glauben geniessen.

Nur die Kommerzialität der Schuldscheine bildet den Inhalt der Vermutung; § 344 Abs. 2 beantwortet, wie bereits im § 6 erörtert, mit dem Ausdruck „seines Handelsgewerbes" nicht die Frage, zu wessen Handelsgewerbe der Schuldschein eines Kaufmanns gehört, ob der zeichnende Kaufmann im eigenen Namen gehandelt hat oder nicht, setzt vielmehr deren Beantwortung voraus.

Die Vermutung für die Handelsgewerbezugehörigkeit der kaufmännischen Schuldscheine hat das Gesetz allgemein, nicht nur zugunsten bestimmter Personen, aufgestellt. Mithin gilt die Vermutung gegenüber jedermann, sowohl gegen den kaufmännischen Schuldner als auch für ihn, was z. B. hinsichtlich der Bestimmung des Leistungsortes (BGB. § 269 Abs. 2) von Erheblichkeit sein kann, andererseits zugunsten wie zuungunsten des Schuldscheinnehmers und ebenso dritter Personen, insbesondere eines Zessionars.

Darf sich ein Beteiligter aber auch dann auf die Vermutung berufen, wenn zwar der Schuldschein den Privatschuldcharakter der ihm zugrunde liegenden Verbindlichkeit nicht erkennen lässt, er also kraft der Vermutung im Widerspruch mit den Tatsachen über eine Geschäftsschuld lautet, dem Beteiligten selber aber bekannt ist, dass Schuldschein und verbriefte Schuld dem Handelsgewerbe nicht angehören? Der § 344 Abs. 2 schweigt darüber. Aber an anderen Stellen des Gesetzes wird der Fall der Kenntnis des wirklichen Sachverhaltes bei Divergenz zwischen dem Inhalt einer Urkunde, die — wie der kaufmännische Schuldschein bezüglich der Kommerzialität — mit öffentlichem Glauben ausgestattet ist, und der wahren Rechtslage wiederholt behandelt, so im BGB. in § 68 Abs. 1 für das Vereinsregister, in den §§ 892 und 893 für das Grundbuch, in § 1435 für das Güterrechtsregister und in den §§ 2366 und 2367 für den Erbschein sowie im HGB. in § 15 Abs. 1 für das Handelsregister. Mag bei diesen Vorschriften das Mass der publica fides im einzelnen auch mehr oder weniger ein verschiedenes sein, darin stimmen sie alle überein, dass die Urkunde einem Beteiligten, dem Abweichendes bekannt ist, nicht zugute kommt. Man ght deshalb m. E. nicht zu weit, wenn man behauptet, dass

jenen Bestimmungen der allgemein geltende Rechtssatz zugrunde liegt: Auf den Inhalt einer Verkehrsurkunde kann sich der aber n u r der, stützen, der einen entgegenstehenden Sachverhalt nicht kennt, kurz gesagt, nur der Redliche. Hierbei ist noch zu beachten, dass bei den erwähnten Vorschriften die Redlichkeit stets präsumiert, also dem Gegner der Beweis der Unredlichkeit auferlegt wird.

Den angeführten Grundgedanken hat man m. E. auch auf § 344 Abs. 2 wegen dessen Gleichartigkeit mit dem vorgenannten Paragraphen rechtsanalog zu übertragen. Wenn auch das HGB. mitunter, z. B. in den §§ 5, 50 Abs. 1 und 126 Abs. 2, von der Redlichkeit oder Unredlichkeit der Beteiligten gänzlich abstrahiert, so sind dies doch Ausnahmen, die mit dem vorliegenden Falle nichts gemein haben. Durch die analoge Anwendung erhält man neben der Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen noch eine Vermutung der Redlichkeit dessen, der sich auf jene Vermutung stützt. Die Vermutung der Redlichkeit ist aber im Gegensatz zu der eigentlichen Vermutung des § 344 Abs. 2 eine gewöhnliche Rechtsvermutung, gegen die jeder Gegenbeweis zulässig ist.

Nach alledem darf sich auf die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen ein Beteiligter dann nicht berufen, wenn er erweislich unredlich ist, d. h. wenn seine Kenntnis der Aussergeschäftlichkeit von Schuldschein und verbriefter Schuld erwiesen ist.

Zu dem Ergebnis, dass die Vermutung einen Beteiligten nur bei vorhandener Redlichkeit schützt, gelangt auch die herrschende Ansicht[1]), und zwar gewähren die meisten Schriftsteller dem Gegner des sich auf die Vermutung Berufenden eine exceptio doli generalis, so Goldschmidt[2]), Anschütz von Völderndorff[3]), Behrend[4]) und Gareis-Fuchsberger[5]) für das A. D. HGB.[6]) und für das neue HGB., gestützt auf die Vorschriften von Treu und Glauben in den

---

[1]) Puchelt-Förtsch, zu Artikel 274 Abs. 2 10, erklärt freilich eine Kenntnis der Aussergeschäftlichkeit für unerheblich .

[2]) a. a. O. S. 676 Anm. 19a.

[3]) zu Artikel 274 Abs. 2 II Anm. 6.

[4]) a. a. O. S. 140 § 29 Anm. 18.

[5]) Zu Art. 274 Abs. 2 Note 35.

[6]) v. Hahn zu Art. 274 § 5 gelangt auf anderem Wege zu einem freilich nur teilweise gleichen Resultate.

§§ 157 und 242 BGB., Wolff[1]), Staub[2]), Lehmann-Ring[3]), Düringer-Hachenburg[4]), Goldmann[5]), Litthauer-Mosse[6]) und das Reichsgericht[7]), während Makower[8]) in der Kenntnis der Aussergeschäftlichkeit seitens des sich auf die Vermutung Stützenden einen besonderen Rechtsgrund erblickt, kraft dessen der Gegner gegen jenen einen Anspruch auf ein Geltenlassen der Schuldscheinausstellung als Nichthandelsgeschäft hat.

Als Zeitpunkt, in dem die Redlichkeit der Beteiligten gefordert wird, ist, da die Vermutung des § 344 Abs. 2 an die gezeichneten Schuldscheine anknüpft, wieder der Augenblick der Zeichnung des Schuldscheins anzusehen. Eine spätere Erlangung der Kenntnis von der Aussergeschäftlichkeit wäre unbeachtlich. Kennt der erste Schuldscheinnehmer die Inkommerzialität des Rechtsgeschäftes, über das der Schuldschein ausgestellt ist, und überträgt er den Schuldschein und das verbriefte Recht an einen Dritten, so wäre dem Dritten die Vermutung des § 344 Abs. 2 nur zu versagen, wenn auch er beim Erwerbe des Schuldscheins unredlich wäre. Wenn umgekehrt dem ersten Schuldscheinnehmer bei Zeichnung des Schuldscheins dessen Aussergeschäftlichkeit unbekannt ist, so käme selbst einem unredlichen späteren Erwerber der Urkunde die Vermutung zugute, da dem Erfordernis der Redlichkeit zur Zeit der Zeichnung genügt wäre und es mithin einer Redlichkeit des Erwerbers nicht mehr bedürfte.

§ 8.

Mehrheit von Handelsgewerbebetrieben.

Solange ein Kaufmann nur ein Handelsgeschäft betreibt, ist mit der Feststellung, dass die Vermutung des § 344 Abs. 2 die Handelsgewerbezugehörigkeit von Schuldschein und verbriefter Schuld zum Inhalt hat, auch deren

---

[1]) a. a. O. S. 251.
[2]) Zu § 344 Abs. 2 Anm. 14.
[3]) Zu § 344 Abs. 2 Nr. 12.
[4]) Zu § 344 Abs. 2 Note 4.
[5]) Zu § 344 Abs. 2 Ziffer 11.
[6]) Zu § 344 Abs. 2 Anm. 6.
[7]) RG. Bd. 56 S. 198.
[8]) Zu § 344 Abs. 2 III c. 1.

Zugehörigkeit zu dem einen Handelsgeschäfte bejaht. Handelsgewerbezugehörigkeit im allgemeinen und Zugehörigkeit zu dem Handelsgewerbebetriebe des Ausstellers decken sich hier notwendig.

Anders, wenn der Kaufmann Inhaber mehrerer Handelsgeschäfte ist. Mehrere Handelsgewerbebetriebe hat ein Kaufmann nicht schon dann, wenn er gleichzeitig Einzelkaufmann und kaufmännischer Gesellschafter — sei es Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, sei es Komplementär einer Kommanditgesellschaft — wäre. Allerdings werden auch in diesem Falle mehrere Handelsgewerbe betrieben; ihr Betrieb erfolgt aber im Namen verschiedener Personen, nämlich der Betrieb des von dem Kaufmann allein betriebenen Handelsgewerbes im Namen jenes Kaufmannes, der Betrieb des anderen Handelsgewerbes im Namen der Gesellschaft, der der Kaufmann angehört, d. h. im Namen der eine Geschlossenheit bildenden, den Kaufmann mitumfassenden Gesellschafter. Die Frage, in welchem Handelsgewerbebetrieb hier der Schuldschein gezeichnet wäre, wäre dann, wie oben ausgeführt, durch das Vertretungsrecht des BGB. zu entscheiden. Das Gleiche muss gelten, wenn mehrere Kaufleute als solche verschiedenen Gesellschaften angehören.

Ein Kaufmann — oder, was dem nach § 6 HGB. in Verbindung mit § 13 GmbHG. gleichsteht, eine Handelsgesellschaft — betreibt demnach nur dann mehrere Handelsgeschäfte, wenn dieselben sämtlich in seinem Namen betrieben werden. Ist dies aber der Fall, so entsteht die Frage, wieweit hier die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen reicht, ob sie nur abstrakt die Handelsgewerbezugehörigkeit von Schuldschein und verbriefter Forderung, oder ob sie konkret deren Entstehung in den einzelnen Handelsgewerbebetrieben des Kaufmanns ausspricht. Wolff[1]), Lehmann-Ring[2]), Makower[3]) und das Reichsgericht[4]) verneinen einstimmig bei der Vermutung die Zugehörigkeit zu den einzelnen Handelsgeschäften. Diese Auffassung ist m. E. durchaus zutreffend. Es mag

---

[1]) a. a. O. S. 251.
[2]) Zu § 344 Abs. Nr. 10.
[3]) Zu § 344 Abs. 2 III f. 4.
[4]) RG. Bd. 59 S. 216.

freilich, wenn einmal für die Kommerzialität der kaufmännischen Schuldscheine die verstärkte Vermutung des § 344 Abs. 2 — sei es zu Recht oder zu Unrecht — geschaffen ist, unbillig erscheinen, dass durch den rein äusserlichen Umstand, dass ein Kaufmann noch ein zweites Handelsgeschäft betreibt, die Vermutung teilweise ihrer praktischen Bedeutung beraubt wird. Aber die geschichtliche Entwickelung lehrt m. E. zur Genüge, dass die Vermutung lediglich den Geschäftsbereich von der aussergeschäftlichen Sphäre eines Kaufmanns abgrenzen und nicht dazu bestimmt sein sollte, noch weiter innerhalb des Geschäftsbereiches des Kaufmanns Platz zu greifen. Auch würde die Vermutung, wollte man sie auf die Zugehörigkeit der Schuldscheine zu den einzelnen Handelsgeschäften des Kaufmanns ausdehnen, insoweit zu einer Fiktion, da dann der Schuldschein grundsätzlich als in jedem der Handelsgewerbebetriebe des Kaufmanns gezeichnet gelten müsste, während er tatsächlich nur in einem von ihnen gezeichnet wäre.

Betreibt demnach ein Kaufmann mehrere Handelsgeschäfte — dies hätte als eine rechtshemmende Tatsache im Prozess der Gegner des sich auf die Vermutung Berufenden zu behaupten und im Streitfalle zu beweisen[1]) — so wird zwar vermutet, dass Schuldschein und verbriefte Schuld handelsgewerblichen Ursprungs, also in einem der Handelsgewerbebetriebe des Kaufmanns entstanden sind, was z. B. für die Frage nach der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen (GVG. § 101 Ziff. 1) genügte. Wer aber geltend machen will, dass der Schuldschein in einem bestimmten Handelsgewerbebetrieb des Kaufmanns gezeichnet ist, was insbesondere bei der Veräusserung eines Handelsgeschäftes von Wichtigkeit sein kann, hätte dies zu beweisen. Freilich wird ein solcher Beweis oft leicht zu erbringen sein; insbesondere wird man m. E., da die Firma, der Handelsname eines Vollkaufmanns, tatsächlich nur für das unter ihr betriebene Handelsgeschäft gebraucht wird, bei einem Schuldscheine, der mit einer von dem bürgerlichen Namen und der Firma des anderen Handelsgeschäftes (oder der anderen Handelsgeschäfte) des Kaufmanns abweichenden Firma gezeichnet ist, den Nachweis

[1]) So ausdrücklich auch das Reichsgericht a. a. O.

seiner Zugehörigkeit zu dem betreffenden Handelsgeschäfte auf Grund freier Beweiswürdigung als geführt ansehen müssen[1]).

Der Umstand, dass ein Kaufmann mehrere Handelsgeschäfte betreibt, ist nur von Erheblichkeit, wenn er zur Zeit der Zeichnung des Schuldscheins vorliegt. Würde der Kaufmann erst nachträglich, wenn auch vor Geltendmachung des verbrieften Rechtes, Inhaber eines zweiten Handelsgeschäftes, so wäre der Schuldschein doch als in dem ursprünglichen Handelsgewerbebetriebe gezeichnet anzusehen. Betriebe andererseits ein Kaufmann bei Zeichnung des Schuldscheines mehrere Handelsgeschäfte, endigte aber vor Geltendmachung der verbrieften Forderung deren Betrieb bis auf den eines Handelsgeschäftes, so wäre dem Schuldschein nur die abstrakte Kommerzialität, nicht aber die Entstehung in dem allein nicht erloschenen Handelsgewerbebetriebe zuzusprechen.

§ 9.

Widerlegung der Vermutung.

Die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen wird durch den Nachweis, dass sich aus der Urkunde das Gegenteil ergibt, entkräftet.

Unter dem Gegenteil ist, wie bereits angedeutet, die Aussergeschäftlichkeit von Schuldschein und verbriefter Schuld zu begreifen. Es reicht demnach nicht aus, dass der Schuldschein ersichtlich über ein Rechtsgeschäft ausgestellt ist, das im Betriebe des Handelsgewerbes nicht vorzukommen pflegt, sondern das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft muss in concreto ein tatsächlich inommerzielles sein. Allerdings ist nicht erforderlich, dass der Schuldschein von dem Kaufmann ausserhalb j e d e s Gewerbebetriebes gezeichnet ist, vielmehr genügt es zum Beweise des Gegenteils auch, wenn der Schuldschein in einem anderen als handelsgewerblichen Gewerbebetrieb, etwa in einem der in der Gewerbeordnung behandelten Gewerbe (z. B. Heilkundegewerbe), entstanden ist. Schuldschein und verbriefte Schuld brauchen also nur der h a n d e l s gewerblichen Natur zu entbehren.

---

[1]) Im Ergebnisse übereinstimmend Lehmann-Ring a. a. O.; a. A. freilich Wolff a. a. O. Anm. 13.

Da das Gegenteil dargetan werden muss, so muss die Nichtbeziehung von Schuldschein und verbriefter Schuld zu dem Handelsgewerbe des Ausstellers positiv ersichtlich sein[1]). Steht nur negativ fest, dass der Schuldschein eine Zugehörigkeit zu dem Handelsgewerbe nicht erkennen lässt, so hat die Vermutung Bestand; ja sie ist sogar gerade für solche Fälle geschaffen, denn für die ersichtlich kommerziellen Urkunden ist sie unnötig, bei den ersichtlich inkommerziellen aber ist sie versagt.

Aus der Urkunde selber muss die Aussergeschäftlichkeit hervorgehen. Andere Beweismittel scheiden daher aus, dürfen auch nicht unterstützungsweise herangezogen werden; vielmehr muss der Gegenbeweis vollständig aus der Urkunde geführt werden[2]). Ebenso bleibt für die Entkräftung der Vermutung auch das Zugeständnis der Inkommerzialität seitens dessen, der sich auf die Vermutung beruft, ausser Betracht[3]).

Wann ergibt sich aber aus der Urkunde das Gegenteil? In erster Linie, wenn sie einen ausdrücklichen Vermerk, dass sie dem Handelsgewerbebetriebe des Kaufmanns nicht angehöre, enthält. Dies wird allerdings im praktischen Leben kaum vorkommen, weil bei der Ausstellung eines Schuldscheins die Parteien meist die Bestimmung des § 344 Abs. 2 HGB. überhaupt nicht kennen, jedenfalls aber zu dieser Zeit fast nie ein Interesse, Schuldschein und verbriefte Schuld aus dem Geschäftsbereiche des Kaufmannes auszuschalten, haben werden.

Sieht man von einem ausdrücklichen Vermerke auf der Urkunde ab, so kann von den Erklärungen des Kaufmanns auf dem Schuldscheine nur aus der Erwähnung des Schuldgrundes die Inkommerzialität entnommen werden, und zwar ist dies — entsprechend der obigen Erläuterung des Be-

---

[1]) Dies betont mit Recht das Reichsgericht in JW. von 1902 S. 188 Nr. 28.

[2]) So offenbar auch Staub zu § 344 Abs. 2 Anm. 12 und Makower zu § 344 Abs. 2 III f 2; abweichend allerdings Düringer-Hachenburg zu § 344 Abs. 2 Note IV.

[3]) So Buschs Archiv für Handels- und Wechselrecht. Bd. 34 S. 314 und Lehmann-Ring zu § 344 Abs. 2 Nr. 9. A. A. freilich Makower zu § 344 Abs. 2 III c 2, scheinbar auch das Reichsoberhandelsgericht in ROHG. Bd. 14 S. 285 und das Reichsgericht in JW. von 1901 S. 576 Nr. 14.

griffes der Aussergeschäftlichkeit — der Fall, wenn die zu Grunde liegende causa ersichtlich nicht handelsgewerblicher Natur ist[1]). Alle sonstigen Angaben des Kaufmanns auf dem Schuldscheine, wie die des Ortes, des Datums und des Gegenstandes der verbrieften Schuld, sind nicht geeignet, die Aussergeschäftlichkeit erkennen zu lassen.

Da dem Vollkaufmann in der Firma ein besonderer Handelsname, der von seinem bürgerlichen Namen verschieden sein kann, verliehen ist und folglich die Möglichkeit besteht, dass sich ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eines andern Namens als ausserhalb desselben bedient, so bleibt endlich noch zu prüfen, ob nicht auch in der Zeichnung der Urkunde mit dem von der Firma abweichenden bürgerlichen Namen des Kaufmanns die Nichtbeziehung von Schuldschein und verbriefter Schuld zu dem Handelsgewerbe zu erblicken ist.

Darüber, ob der Gebrauch des bürgerlichen Namens die zur Zerstörung der Präsumtion erforderliche Aussergeschäftlichkeit beweist, gehen die Auffassungen in der Literatur — und zwar wird fast überall die Ausstellung des Schuldscheins mit dem von der Firma abweichenden bürgerlichen Namen erwähnt — sehr auseinander. Die herrschende Ansicht[2]) verneint die Frage. Sie stützt sich dabei

---

[1]) Beispiel: Der Kaufmann A. bekennt, dem B. 100 M. für ein ihm zum Besuche einer Rennbahn gegebenes Darlehen zu schulden.

[2]) Thöl, Handelsrecht Bd. I S. 148 § 40; Goldschmidt a. a. O. S. 676; Behrend a. a. O. S. 137 Anm. 6 und S. 140 Anm. 16; Endemann, Deutsches Handelsrecht S. 432 Anm. 8, sowie in seinem Handbuch Bd. I S. 7; v. Hahn zu Art. 274 Abs. 2 § 6; Anschütz - v. Völderndorff zu Art. 274 Abs. 2 II; Keyssner zu Art. 274 Abs. 2 Anm. 10; Kowalzig zu Art. 274 Abs. 2 S. 291 18 b); Puchelt-Förtsch zu Art. 274 Abs. 2 14): Gareis-Fuchsberger zu Art. 274 Abs. 2 Note 36; ferner Gierke a. a. O. S. 977; Dernburg a. a. O. Bd. I S. 329 § 97 IV; K. Lehmann a. a. O. S. 96; Lehmann-Ring zu § 344 Abs. 2 Nr. 11; Düringer-Hachenburg zu § 344 Abs. 2 Note 4; Makower zu § 344 Abs. 2 III f 3; Staub zu § 344 Abs. 2 Anm. 12; Goldmann zu § 344 Abs. 2 Ziff. 10; Gareis, Kommentar zu § 344 Abs. 2 Nr. 7; Litthauer-Mosse zu § 344 Abs. 2 Anm. 6; und von Entscheidungen das Reichsoberhandelsgericht in ROHG. Bd. 2 S. 429—430, Bd. 3 S. 367, Bd. 9 S. 174, Bd. 14 S. 12 und S. 286 und in Stegemann, Rechtsprechung Bd. 3 S. 57 und das Reichsgericht in RG. Bd. 59 S. 214, in JW. von 1898 S. 15 Nr. 38 und von 1906 S. 88 Nr. 7, in Bolze Bd. 4 Nr. 466 und Bd. 14 Nr. 492 a. und in den Annalen der badischen Geschichte, 65. Jahrgang 1899 S. 262—263.

teilweise auf die Protokolle zum A. D. HGB.[1]), die ergeben, dass damals ein Antrag, statt „die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine" „die von einem Kaufmann unter seiner Firma gezeichneten Schuldscheine" zu setzen, abgelehnt wurde, ein Argument, das jedoch, wie Wolff[2]) mit Recht hervorhebt, schon zur Zeit des A. D. HGB. nicht durchschlagend war und das m. E. heute als wertlos gelten muss.

Dagegen entscheiden sich für die Aussergeschäftlichkeit v. Kräwel[3]) das vormalige preussische Obertribunal[4]) und jetzt noch Wolff[5]) und Cosack[6]). v. Kräwel[7]) führt aus, dass schon der im Gesetz verwandte Ausdruck „gezeichnet" gewöhnlich nur von der Firma gebraucht werde, während man sich sonst des Wortes „ausgestellt" bediene. Ob diese Auffassung damals — der Kommentar stammt aus 1862 — zutreffend war oder nicht, lässt sich jetzt nicht mehr mit Sicherheit beurteilen. Heute ist jenes Argument jedenfalls nicht als stichhaltig zu erachten, da heute das Wort „gezeichnet" in gleichem Masse innerhalb wie ausserhalb des Handelsverkehrs, also auch von dem bürgerlichen Namen, gebraucht wird.

Gewichtiger hingegen erscheint Cosacks[8]) Begründung der Inkommerzialität. Nach ihm geht bei Zeichnung des Schuldscheins mit dem bürgerlichen Namen prima facie hervor, dass der Kaufmann als Privatmann und nicht in Kaufmannseigenschaft gehandelt hat, und er fordert daher, dass die Partei, die trotzdem einen Zusammenhang zwischen Schuldschein und Handelsgewerbe behaupte, den Beweis dafür erbringe. Cosack zieht also aus der Führung des bürgerlichen Namens keinen unbedingt definitiven Schluss auf die Aussergeschäftlichkeit, erklärt es vielmehr an sich als denkbar, dass auch ein Schuldschein, der mit dem von der Firma abweichenden bürgerlichen Namen des Kaufmanns ausgestellt ist, kommerziellen Ursprung hätte.

---

[1]) Dritter Teil S. 1298.
[2]) a. a. O. S. 250.
[3]) Zu Art. 274 III S. 337—338.
[4]) ZHR. Bd. 20 S. 586.
[5]) a. a. O. S. 249—250.
[6]) a. a. O. S. 31 § 9 III.
[7]) a. a. O. S. 338 Anm. 3.
[8]) a. a. O.

Cosack erblickt mithin in der Zeichnung des Schuldscheins mit dem bürgerlichen Namen nur eine Wahrscheinlichkeit, mag deren Grad auch ein sehr hoher sein, für dessen Inkommerzialität, erachtet aber zur Widerlegung der Vermutung diese Wahrscheinlichkeit für ausreichend. Zur Entkräftiung einer Vermutung ist jedoch ein Beweis des Gegenteils erforderlich, d. h. dessen Gewissheit, nicht nur dessen Wahrscheinlichkeit, muss dargetan werden.

Die Handelsgewerbezugehörigkeit des Schuldscheins und der Schuld müsste also bei Zeichnung mit dem bürgerlichen Namen als definitiv ausgeschlossen erscheinen. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn sich ein Kaufmann bei Ausstellung eines geschäftlichen Schuldscheins nie seines bürgerlichen Namens bediente.

Rechtlich ist aber ein Kaufmann nicht gehindert, auch im Betriebe seines Handelsgewerbes seinen bürgerlichen Namen zu führen. Das ihm zustehende Namensrecht gewährt ihm die Befugnis, seinen bürgerlichen Namen in allen Lebensverhältnissen zu gebrauchen; dass ihm in der Firma für das unter ihr betriebene Handelsgewerbe ein besonderer Handelsname verliehen ist, vermag sein Recht an dem bürgerlichen Namen inhaltlich nicht einzuschränken.

Wird sich einKaufmann aber auch tatsächlich geschäftlich seines bürgerlichen Namens bedienen? Während Wolff[1] annimmt, dass dies bei Schuldscheinen mit Schuldgrund regelmässig nicht zutreffe, erachtet er es bei Schuldscheinen, die keinen Schuldgrund enthalten, stets für ausgeschlossen, weil in solchem Falle der Kaufmann nur durch Zeichnung der Firma die Betriebszugehörigkeit kenntlich machen könne. Doch hierin geht Wolff m. E. zu weit. Wenngleich die Wahrscheinlichkeit der Firmenbenutzung bei Schuldscheinen ohne Schuldgrund eine noch grössere als sonst st, so lassen sich m. E. doch auch bei ihnen immer noch Fälle[2]) denken, in denen ein Kaufmann einen Schuldschein mit seinem bürgerlichen Namen zeich-

---

[1]) a. a. O.

[2]) Möglich ist z. B., dass ein Kaufmann, der zu dem Schuldscheinnehmer noch aussergeschäftlich (etwa freundschaftlich) in Beziehung stände, um den Eindruck der Geschäftsmässigkeit zu vermeiden, oder dass ein Kaufmann, weil seine Firma gerade keinen Kredit genösse, sich bei der Zeichnung des Schuldscheins des bürgerlichen Namens bediente.

nete, trotzdem die Urkunde handelsgewerblichen Ursprungs wäre und trotzdem die Beteiligten für die Kommerzialität ausser Zweifel wäre. Allerdings werden derartige Fälle nur äusserst selten vorkommen.

Man gelangt mithin m. E. zu dem Ergebnis, dass der Gebrauch des von der Firma verschiedenen bürgerlichen Namens bei Zeichnung eines Schuldscheines, gleichviel ob mit oder ohne Schuldgrund, als a l l e i n i g e r Faktor für die Widerlegung der Vermutung nicht in Betracht kommt.

Ebenso wie der abweichende bürgerliche Name reicht auch die Angabe eines von dem Kaufmannsberufe verschiedenen Berufes allein zur Zerstörung der Vermutung nicht aus[1]).

Indessen besteht m. E. die Möglichkeit, dass durch das Zusammentreffen des von der Firma abweichenden bürgerlichen Namens mit einem von dem Kaufmannsberufe verschiedenen Berufe oder auch eines der beiden mit einem Schuldgrunde, der seinerseits die Aussergeschäftlichkeit der verbrieften Schuld wahrscheinlich macht, aber nicht mit Bestimmtheit erkennen lässt, der Beweis der Inkommerzialität von Schuldschein und Schuld erbracht wird[2]). Die Anhaltspunkte für eine Entkräftung der Vermutung des § 344 Abs. 2 müssen sich aber, wie bereits hervorgehoben, notwendig aus der Urkunde selber ergeben. Nur zum Beweise der Unredlichkeit eines Beteiligten dürfen neben den erwähnten Momenten auch Umstände, die ausserhalb des Schuldscheins liegen[3]), herangezogen werden.

---

[1]) Beispiel: Der Minderkaufmann Gustav Sommer, der gleichzeitig Rechtskonsulent ist, zeichnet einen Schuldschein mit „Gustav Sommer, Rechtskonsulent".

[2]) So genügte es m. E. zur Widerlegung der Vermutung, wenn z. B. Gustav Sommer der ein Warenhaus unter der Firma „Albert Winter" betreibt und der gleichzeitig Rechtskonsulent ist, einen Schuldschein mit „Gustav Sommer, Rechtskonsulent" unterzeichnete oder wenn er z. B. in dem Schuldschein erklärte: „Ich bekenne Herrn Franz Herbst für ein geliefertes Piano 800 M. zu schulden. Gustav Sommer." (Die Lieferung des Pianos lässt allein die Inkommerzialität noch nicht sicher erscheinen, da dasselbe an sich auch zur Weiterveräusserung oder zur Aufstellung in dem Geschäfte des Kaufmanns bestimmt sein könnte).

[3]) Z. B. der Umstand, dass Ausstellung und Begebung des Schuldscheins in der Privatwohnung des Kaufmanns erfolgt sind, oder dass dem Schuldscheinnehmer die Kaufmannseigenschaft des Zeichners überhaupt nicht bekannt gewesen ist.

Die angeführten Kombinationen werden aber praktisch so selten vorkommen, dass im wesentlichen doch nur die Angabe des Schuldgrundes einen Faktor für die Zerstörung der Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen bildet; daher werden alle Schuldscheine eines Kaufmanns, die der Angabe einer causa entbehren, gegen eine Zerstörung der Vermutung regelmässig gesichert sein. So wird vor allem bei dem kaufmännischen Wechsel eine Widerlegung der Vermutung kaum möglich sein.

§ 10.

Anwendungsgebiet der Vermutung.

Wenn es auch viele Arten und zahllose Beispiele von Schuldscheinen im Sinne des § 344 Abs. 2 gibt, so ist doch das Anwendungsgebiet der Vermutung nur ein begrenztes. Die Vermutung beschränkt sich im wesentlichen auf das dritte, die Handelsgeschäfte enthaltende Buch des HGB.; im übrigen finden sich innerhalb des sonstigen Handelsrechts wie anderwärts nur vereinzelt Bestimmungen, bei denen die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen von Erheblichkeit wird.

Die Vermutung des § 344 Abs. 2 greift, da nach ihr die Schuldscheine eines Kaufmanns im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet sind, unmittelbar überall da Platz, wo im Gesetze für einen kaufmännischen Schuldner hinsichtlich seines Handelsgewerbes besondere Rechtssätze aufgestellt sind. So wird die Vermutung im HGB. für die Beantwortung der Frage bedeutsam, ob die Herabsetzbarkeit einer von einem Vollkaufmann schriftlich versprochener unverhältnismässig hohen Vertragsstrafe ausgeschlossen ist (§ 348) und mitunter, freilich nur selten, auch, ob ein Kaufmann ohne Verabredung Provision und bei Aufbewahrung von Gegenständen Lagergeld zu fordern berechtigt ist (§ 354), während sie im BGB. für den Ausschluss der zweijährigen Verjährungsfrist (§ 196 Ziff. 1 am Ende) und für den Leistungsort (§ 269 Abs. 2) von Wichtigkeit ist.

Da nach § 343 Abs. 1 HGB., wie erwähnt, die Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, Handelsgeschäfte sind, so gelangt mittelbar die Vermutung dann zur Anwendung, wenn an

die Handelsgeschäftseigenschaft eines Rechtsgeschäfts, über das der Kaufmann einen Schuldschein gezeichnet hat, Rechtsfolgen geknüpft werden. Demnach greift die Vermutung im HGB. Platz bei der Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften über beiderseitige Handelsgeschäfte (§ 345), nach der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347), nach der mangelnden Einrede der Vorausklage für den Bürgen und Kreditaufgeber (§ 349), nach der Höhe der Zinsen (§ 352) und dem Beginn des Zinsanspruchs (§ 353), nach der Leistungszeit (§§ 358 und 359), nach der Qualität der Ware bei Gattungsschulden (§ 360), endlich bei dem Handelskauf nach der Frist für die Mängelrüge (§ 377) und nach der Verpflichtung zur Sorge für die einstweilige Aufbewahrung der Ware (§ 379). Ausserhalb des Handelsgesetzbuches ist die Handelsgeschäftseigenschaft eines Rechtsgeschäftes und damit die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen für die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen (GVG. § 101 Ziff. 1) von Erheblichkeit.

Neben den Handelsgeschäften werden verschiedentlich im Gesetze — so im BGB. in § 112 bei der Regelung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit eines zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes ermächtigten Minderjährigen und in § 1405 bei der Regelung der Befreiung der Ehefrau von der Zustimmung des Ehemannes im selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes sowie im HGB. bei der Bestimmung des Umfanges der Prokura (§ 49 Abs. 1), der Handlungsvollmacht (§ 54 Abs. 1) und der Geschäftsführungsmacht des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft (§ 116 Abs. 1) — Rechtsgeschäfte, die der Gewerbebetrieb (Geschäftsbetrieb) mit sich bringt, erwähnt. Ist auch für solche Rechtsgeschäfte die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen unter der Voraussetzung, dass der betreffende Betrieb den eines Handelsgewerbes darstellt, heranzuziehen? Dies wird von Makower[1]) und Lehmann-Ring[2]) verneint, während es im Anschluss am § 1405 BGB. Planck[3]), Arthur B. Schmidt[4]), v. Staudinger[5]) und Staub[6]) bejahen. Da m. E. unter den

[1]) Zu § 344 I b.
[2]) Zu § 1 Nr. 22 Anm. 2.
[3]) Zu § 1405. 4.
[4]) In Hölders Kommentar zum BGB. Bd. 4 zu § 1405. 4.
[5]) Zu § 1405. 2 c).
[6]) Zu § 344 Abs. 2 Anm. 7 und allgemeine Einleitung Anm. 44.

Begriff der Rechtsgeschäfte, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, alle zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehörigen Rechtsgeschäfte (Handelsgeschäfte) fallen, für diese aber bei Ausstellung eines Schuldscheins unzweifelhaft die Vermutung des § 344 Abs. 2 besteht, so wird man folgerichtig auch auf jene Rechtsgeschäfte die Präsumtion ausdehnen müssen. Demgegenüber muss der Umstand, dass hier durch die Vermutung vielfach Personen (z. B. der Ehemann im Falle des § 1405 BGB.) werden beeinträchtigt werden, die sich gegen deren Anwendung kaum schützen können, unbeachtlich erscheinen.

Ohne inneren Zusammenhang mit dem bisher betrachteten Anwendungsbereich kommt die Vermutung endlich bei der in § 25 in Verbindung mit § 28 HGB. geregelten Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes für die Geschäftsschulden des Veräusserers in Frage. Ob und inwieweit hier die Vermutung Platz greift, ist jedoch wegen der grossen Tragweite und wegen der vorhandenen rechtlichen Schwierigkeiten besonders zu untersuchen.

§ 11.

Anwendung der Vermutung bei Veräusserung eines Handelsgeschäftes.

Das Handelsgesetzbuch kennt zwei Arten des Erwerbes eines Handelsgeschäftes unter Lebenden, den gewöhnlichen, von dem allgemeinen bürgerlichen Recht nicht verschiedenen Erwerb, bei dem der bisherige Inhaber völlig ausscheidet und ein neuer an seine Stelle tritt, und den besonderen Erwerb des § 28, bei dem jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt und auf die so gegründete Gesellschaft das Handelsgeschäft übergeht

Für beide Arten des Erwerbes stellt das HGB., was das hier allein bedeutsame Aussenverhältnis zwischen dem Geschäftsgläubiger einer- und dem Geschäftserwerber und Geschäftsveräusserer andererseits anlangt, den Grundsatz der Haftung des Erwerbers für die im Betriebe des veräusserten Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers auf, und zwar unabhängig von den im

Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Erwerber getroffenen Vereinbarungen. Es erfordert bei der gewöhnlichen Veräusserung zur Entstehung der Haftung nach § 25 Abs. 1 und Abs. 3, dass der Erwerber das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgerzusatz fortführt oder dass ein besonderer Verpflichtungsgrund — als solcher gilt insbesondere die handelsübliche Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten durch den Erwerber — vorhanden ist, während es bei der Veräusserung des § 28 die Haftung ohne weiteres eintreten lässt.

Sind hiernach die Voraussetzungen für eine Haftung des Erwerbers erfüllt, haftet dieser dann auch einem Gläubiger des früheren Geschäftsinhabers für Verbindlichkeiten, die sich zwar nicht als erwiesene Geschäftsschulden des Veräusserers darstellen, die aber in einem nicht ersichtlich inkommerziellen Schuldscheine verbrieft und daher nach § 344 Abs. 2 präsumtive Geschäftsschulden sind?

Auch hierüber herrscht in der Literatur — wenigstens früher — keine Übereinstimmung. Adler[1]) verneint die Anwendbarkeit des mit § 344 inhaltlich übereinstimmenden Artikel 274 des A. D. HGB. überhaupt, also sowohl die der Vermutung des Abs. 1 wie des Abs. 2; er stützt sich sogar zur Begründung der Verneinung der Anwendbarkeit von Art. 274 Abs. 1 auf die nicht im Sinne des Gesetzes liegende Anwendung des Abs. 2[2]). Andere, so Staub in der 6./7. Auflage[3]) und scheinbar auch Düringer-Hachenburg[4]) in der 1. Auflage lassen für die Haftung des Erwerbers zwar die Vermutung des Abs. 1 des § 344 zu, schliessen jedoch die des Abs. 2 aus. Demgegenüber bringen zuerst Wolff[5]) und nach ihm Bolte[6]), Lehmann-Ring[7]), Goldmann[8]), Makower[9]), jetzt auch Staub in der 8. Auflage[10]) und Dü-

---

[1]) a. a. O.

[2]) Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass § 25 vor 1900 Handelsgewohnheitsrecht war und dass daher dieser Ansicht wegen des Fehlens völliger Rechtssicherheit keine grosse Bedeutung beizumessen ist.

[3]) Zu § 25 Anm. 11 und zu § 22 Anm. 21.

[4]) Zu § 25 III ad 1.

[5]) a. a. O. S. 256.

[6]) a. a. O.

[7]) Zu § 25 Nr. 9.

[8]) Zu § 25 S. 106 II 1 c).

[9]) Zu § 25 III a. 2.

[10]) Zu § 25 Anm. 11 und zu § 344 Anm. 13.

ringer-Hachenburg in der 2. Auflage[1]), ferner das Reichsgericht[2]) und das Oberlandesgericht Stuttgart[3]) auch Abs. 2 des § 344 zur Anwendung. Soviel steht m. E. von vornherein fest, dass man die Frage nach der Anwendbarkeit einheitlich für beide Absätze des § 344 beantworten muss, da ihnen beiden gemeinsam ist, dass die Rechtsgeschäfte, auf die sie sich erstrecken, präsumtive Handelsgeschäfte sind und da die verschiedene Stärke der beiden Vermutungen hier unwesentlich ist.

Die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen muss m. E. bei der Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes Platz greifen. Allerdings erscheint es unbillig und selbst durch die Interessen des Gläubigers der in dem Schuldschein verbrieften Forderung nicht gerechtfertigt, dass auf diese Weise der Geschäftserwerber, auf den doch nur das veräusserte Handelsgeschäft, nicht auch das sonstige Vermögen des Veräusserers übergeht, in die Lage kommen kann, für eine von dem erworbenen Geschäfte gänzlich unabhängige Privatschuld des früheren Inhabers einstehen zu müssen. Aber ein Ausschluss der Präsumtion gegenüber dem Geschäftserwerber wäre m. E. eine Inkonsequenz und bedeutete, die Zweckidee dem klaren Wortlaut des Gesetzes überzuordnen.

Freilich findet gegenüber dem Geschäftserwerber, da die Verbindlichkeit, für die er haftet, in dem Betriebe g e r a d e d e s v e r ä u s s e r t e n G e s c h ä f t e s[4]) begründet sein muss, die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen nur Anwendung, wenn auf Grund der Präsumtion die verbriefte Schuld als Verbindlichkeit des v e r ä u s s e r t e n Handelsgeschäftes gilt. Nach der obigen Erörterung ist dies stets der Fall, wenn der Veräusserer nur Inhaber e i n e s Handelsgeschäftes war. Betrieb er dagegen mehrere Handelsgeschäfte, so könnte der Gläubiger den Erwerber nur belangen, wenn a u f d i e s e n s ä m t l i c h e Geschäfte übergegangen wären. Hätte der frühere Inhaber nur eines der Handelsgeschäfte oder zwar alle, aber an verschiedene Personen, veräussert, so käme dem Gläubiger

---

[1]) Zu § 25 Anm. 21.
[2]) RG. Bd. 59 S. 215—216.
[3]) OLGR. Bd. 11 S. 406.
[4]) Dies betonen mit Recht Staub zu § 25 Anm. 1, Makower zu § 25 III a) 2, Bolte a. a. O., das Reichsgericht in RG. Bd. 59 S. 215 und das Kammergericht in OLGR. Bd. 4 S. 147.

gegenüber dem Erwerber (oder den Erwerbern) die Vermutung nicht zugute, weil aus ihr sich nicht herleiten liesse, in welchem der mehreren Geschäfte der Schuldschein entstanden wäre.

Der Gläubiger kann sich, wie erwähnt, auf die Vermutung überhaupt, also auch gegenüber dem Geschäftserwerber, nicht berufen, wenn er bei Zeichnung des Schuldscheines die Inkommerzialität der verbrieften Schuld gekannt hat. Kann er aber den Erwerber in Anspruch nehmen, wenn er zwar im Augenblick der Zeichnung der Urkunde redlich gewesen ist, in der Zeit zwischen der Zeichnung und der Veräusserung des Handelsgeschäftes aber erfahren hat, dass die Verbindlichkeit eine aussergeschäftliche ist?

Da, wie in § 7 ausgeführt ist, die Redlichkeit der Beteiligten grundsätzlich nur im Zeitpunkt der Zeichnung des Schuldscheins vorzuliegen braucht, so könnte eine nachträgliche Erlangung der Kenntnis von der Inkommerzialität nur dann von Erheblichkeit sein, wenn ein besonderer Grund für einen Ausschluss der Haftung des Geschäftserwerbers darin zu erblicken wäre, dass ein Gläubiger, dem zur Zeit der Veräusserung des Handelsgeschäftes der aussergewerbliche Charakter der Schuld bekannt ist, auch weiss, wofern nicht besondere, von ihm zu behauptende und im Streitfalle zu beweisende Umstände obwalten, dass die Verbindlichkeit im Innenverhältnis von dem Veräusserer auf den Erwerber nicht übergegangen ist.

Was die zum Ausschluss der Haftung des Erwerbers gewährten Möglichkeiten anlangt, so bestimmt das HGB. in § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 28 Abs. 2 nur, dass eine Haftung des Erwerbers für die in dem veräusserten Geschäft begründeten Verbindlichkeiten dann nicht eintritt, wenn zwischen Veräusserer und Erwerber eine abweichende Vereinbarung getroffen und entweder diese Vereinbarung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder Veräusserer (im Falle des § 28 von einem der Gesellschafter) dem Gläubiger mitgeteilt worden ist. Dass daneben der Umstand, dass der Gläubiger die Nichtübernahme der Schuld gekannt hat, einen weiteren Grund für den Ausschluss der Haftung des Erwerbers bildet, wird allerdings von Wolff[1]) und

[1]) a. a. O. S. 263.

Staub in der 6./7. Auflage[1]) angenommen, und zwar von Wolff damit begründet, dass, abgesehen von der Verpflichtung des Gläubigers zur Beobachtung von Treu und Glauben (BGB. § 242), hier die Bestimmung des § 15 Abs. 1 HGB. Platz greife, wonach eine einzutragende, aber nicht eingetragene und bekannt gemachte Tatsache doch einem erweislich unredlichen Dritten entgegengesetzt werden könne. Dagegen erklärt die überwiegende Meinung, so Makower[2]), Lehmann-Ring[3]), Goldmann[4]), jetzt auch Düringer-Hachenburg[5]) und Staub in der 8. Auflage[6]), sowie das Reichsgercht[7]), eine Kenntnis der Nichtübernahme für unerheblich.

Und in der Tat muss eine Kenntnis seitens des Gläubigers davon, dass eine Verbindlichkeit auf den Erwerber nicht mitübergegangen ist, und damit eine nach Zeichnung des Schuldscheins, aber vor Veräusserung des Handelsgeschäftes erlangte Kenntnis der Aussergeschäftlichkeit der verbrieften Schuld für die Haftung des Erwerbers ausser Betracht bleiben. Entscheidend für diese Auffassung ist nicht, dass die §§ 25 Abs. 2 und 28 Abs. 2 HGB. für den Ausschluss der Haftung eine abweichende Vereinbarung verlangen, dass aber über die Übernahme einer Privatschuld Veräusserer und Erwerber überhaupt keine Vereinbarung treffen werden, da sich die Nichtübernahme von selber versteht; entscheidend ist auch nicht, dass § 15 Abs. 1 hier unanwendbar ist, weil er von einzutragenden Tatsachen redet, während die Nichtübernahme einer Schuld eine bloss eintragungsfähige Tatsache ist, denn auch die eintragungsfähige Tatsache fällt, was Wolff[8]) und Makower[9]) m.E. mit Recht ausführen, unter den Begriff der einzutragenden Tatsachen, da sie vom Richter, wenn auch nur auf Antrag, einzutragen ist und da es auf die Person, die die Eintragung herbeizuführen hat, nicht ankommt[10]). Ausschlaggebend ist m. E. vielmehr, dass in den

---

[1]) Zu § 25 Anm. 20.
[2]) Zu § 25 III d. 2.
[3]) Zu § 25 Nr. 9.
[4]) Zu § 25 Anm. 2 II.
[5]) Zu § 25 Anm. 26.
[6]) Zu § 25 Anm. 21.
[7]) In JW. von 1903 S. 401 Nr. 15.
[8]) a. a. O. S. 262 Anm. 42.
[9]) Zu § 15 III a. 2.
[10]) Freilich a. A. Düringer-Hachenburg a. a. O. und das Reichsgericht a. a. O.

§§ 25 Abs. 2 u. 28 Abs. 2 bei den genannten, zum Ausschluss der Haftung bestimmten Möglichkeiten des Wörtchen „nur" hinzugefügt ist. Der Eintragung in das Handelsregister und Bekanntmachung einerseits, und der Mitteilung an den Gläubiger andererseits ist nämlich m. E. gemeinsam, dass sie eine Erklärung, u. zwar der Nichthaftung — diese ist bei der handelsregisterlichen Bekanntmachung allgemein an die Öffentlichkeit, bei der Mitteilung speziell an den beteiligten Dritten gerichtet — enthalten; diese Erklärung bildet auch einen contrarius actus zu jener an die Öffentlichkeit sich wendenden Erklärung des Erwerbers, die in der Tatsache einer gemäss den §§ 25 Abs. 1 und Abs. 3 und 28 erfolgenden Fortführung[1]) des Geschäftes zu erblicken ist, und die besagt, dass der Erwerber das Geschäft mit allen Bestandteilen übernommen hat und folglich auch für die in dessen Betriebe begründeten Verbindlichkeiten haftet; daher bedeutet m. E. der Zusatz des „nur", dass das HGB. zum Nichteintritt der Haftung um der Sicherheit, Einfachheit und Klarheit des Handelsverkehrs willen die von ihm vorgeschriebene Erklärung erfordert und andere Möglichkeiten ausschliesst.

Für das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Geschäftsveräusserer ist, sofern die Vermutung aus kaufmännischen Schuldscheinen eine Haftung des Erwerbers bewirkt, der § 26 HGB. massgebend. Hiernach verjähren die Ansprüche des Gläubigers gegen den früheren Geschäftsinhaber in Ermangelung einer kürzeren Verjährungsfrist in fünf Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Gläubiger von dem Erwerber die Leistung zu fordern berechtigt ist (vgl. § 26 Abs. 2 HGB.). Freilich kann der Veräusserer die ihm in § 26 besonders gewährte Einrede der Verjährung nicht vorschützen, wenn er bei Zeichnung des Schuldscheines die Aussergeschäftlichkeit der verbrieften Schuld erweislich gekannt hat.

■ ■ ■

[1]) Eine Erklärung sehen in der Fortführung des Geschäftes mit Recht Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 402—403 und Staub zu § 25 Anm. 10; a. A. freilich Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts S. 72/73 § 15 III, Lehmann-Ring zu § 25 Nr. 8 und K. Lehmann a. a. O. S. 115 § 25 3 a).